



ACIERTOS Y CERTIDUMBRES*

Cristóbal Orrego S.

Uno de los aportes fundamentales del trabajo académico de Javier Hervada consiste en la revitalización de algunas tesis clásicas de la ciencia del derecho natural, junto con su certera presentación en un contexto cultural que las ignora o las deforma. Este artículo procura mostrar la coherencia interna del pensamiento de Hervada poniendo énfasis en algunos de los aciertos y certidumbres que cabe destacar en la más coherente de sus obras dedicadas al derecho natural, su *Introducción crítica al derecho natural*¹. A mi modo de ver, este libro, no obstante su carácter introductorio y quizás precisamente por eso, es equiparable, en cuanto a la coherencia con sus puntos de partida y al intento de ir al fondo de las cuestiones planteadas, a la *Teoría Pura del Derecho* (Kelsen), *El Concepto de Derecho* (Hart) y *Natural Law and Natural Rights* (Finnis), entre otras obras de relieve en la filosofía jurídica de nuestra época.

* Este artículo forma parte del Proyecto de Investigación DER-002-98, "Legislación, políticas públicas y principios de derecho natural", de la Universidad de los Andes (Chile). Esperamos dejar expuestas las líneas de fondo que orientarán reflexiones ulteriores dirigidas a iluminar algunos problemas jurídicos desde la perspectiva de la doctrina clásica del derecho natural, revitalizada en nuestro siglo, entre otros autores, por Javier Hervada.

1. Javier HERVADA, *Introducción crítica al derecho natural* (Pamplona, Eunsu, 1ª ed. 1981, 7ª ed. 1993), citada en adelante como ICDN.

Siguiendo una línea de investigación sobre el pensamiento jurídico contemporáneo desde la perspectiva de la teoría clásica del derecho natural, este artículo se refiere precisamente a la labor, llevada a cabo por Hervada, de “rescatar” la ciencia del derecho natural y de criticar la mentalidad iuspositivista tan difundida desde el siglo XIX. Las dos secciones de este artículo son, pues, como dos caras de una misma moneda. De la comprensión de la primera brota coherentemente la segunda.

La exposición invita a volver sobre el pensamiento hervadiano con una mirada atenta a la importancia capital de la profundidad y coherencia de su aporte precisamente en la obra mencionada; pero, oportunamente, remitimos a otras obras relevantes para las diversas cuestiones².

1. LA NUEVA CIENCIA DEL DERECHO NATURAL

El derecho puede considerarse como ley o norma (derecho objetivo, en la terminología actual), como facultad moral de obrar o exigir (derecho subjetivo) o –según una acepción casi perdida en el lenguaje corriente–³ como “lo derecho”, lo debido o *lo justo* (el derecho en sentido realista clásico, el objeto de la justicia)⁴. La coherencia del pensamiento jurídico hervadiano reside en ajustar todas sus tesis singulares a un punto de partida: la comprensión clásica del arte del derecho como *iusti atque iniusti*

2. También acudo con frecuencia a sus obras *Historia de la ciencia del derecho natural* (Pamplona, Eunsa, 1ª ed. 1987, 2ª ed. 1991), abreviada HCDN, y *Lecciones propedéuticas de filosofía del derecho* (Pamplona, Eunsa, 1992) abreviada LPFD.

3. La acepción parece casi ausente del lenguaje contemporáneo sobre todo porque, aunque el término “derecho” conserva la connotación de rectitud (moral) y derivadamente de “justicia”, no es en sí mismo una derivación del término latino “*ius*”, del cual sí deriva directamente la voz “justicia” y los términos castellanos como “jurídico”. Cfr. LPFD 169.

4. Cfr. LPFD 179-191.

scientia, el arte o ciencia práctica de lo justo, que tiene la “finalidad no desmentida” de “decir lo justo”, a la vez que “lo justo” se entiende a la luz de “una noción precisa de justicia, invariada a lo largo de los siglos”, a saber, la virtud que inclina a dar a cada uno lo suyo⁵. Desde tal punto de partida resulta sencillamente obvio que el derecho como arte, con una precisa función social, no se comprende desligado de la comprensión de la justicia, tesis que pone en jaque desde el comienzo toda concepción de la ciencia del derecho como aséptica o no valorativa⁶.

El punto de partida de Hervada no es voluntarista ni arbitrario, sino que está sólidamente justificado tanto por la comprensión de la reflexión clásica acerca del arte del derecho –en la explicación germinal de Aristóteles y en la visión práctica de los juristas romanos y, con algunas excepciones, de todos los juristas hasta el s. XIX–⁷ como por la simple observación de una realidad obvia: las cosas están repartidas o atribuidas –son suyas de alguien– y hay relaciones de comunicación entre los hombres, por las cuales esas cosas pueden estar en poder de otros o ser atacadas y dañadas, de donde resulta necesario y bueno para la convivencia pacífica que se respeten esas cosas o que se restituyan⁸. A partir de esta observación se comprende la fórmula del acto de la justicia como “dar a cada uno lo suyo”, un acto segundo que sigue a la constitución de lo suyo de alguien (acto primero), de modo que el arte de determinar “lo justo” se concreta en conocer el “título” del derecho –lo que atribuye algo a alguien– y la “medida” o delimitación exacta de la cosa debida, presupuesto su fundamento –lo que habilita para ser titular, que como mínimo es el ser persona⁹.

5. Cfr. ICDN 12 y LPFD 71-87.

6. Cfr., en el mismo sentido, John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights* (Oxford, O.U.P., 1980, 1992) 3-22.

7. Cfr. ICDN 18 e HCDN 314.

8. Cfr. ICDN 23-30.

9. Cfr. ICDN 23-50.

En cierto sentido, el núcleo de lo expuesto puede resumirse en las siguientes palabras:

Nuevamente debemos insistir en algo a lo que antes aludimos. Lo que acabamos de exponer no es sino la descripción de una realidad. Dar a cada uno lo suyo es una necesidad social y, en la medida en que se cumple, es un hecho social. Este hecho social es deseable y bueno, por lo cual la constante voluntad de realizarlo es una disposición o hábito bueno, que es lo que llamamos una virtud. Esta virtud recibe desde la antigüedad el nombre de justicia. Hay, pues, una virtud llamada justicia que consiste en la disposición de la voluntad de dar a cada cual lo que es suyo¹⁰.

La consistencia de Hervada con su penetración de estas realidades, le lleva a una lúcida explicación –cuasi-obvia, aunque con matices que no lo son– sobre las relaciones de justicia y sus clases (conmutativa, distributiva y legal) y a una explicación, a mi juicio irrefutable, sobre el fundamento del derecho “en la condición de persona propia del hombre”¹¹, en “la ontología de la persona humana, que comporta la capacidad de apropiación”¹², sin la cual no tendría sentido hablar de algo “suyo de cada uno” y por ende “justo” o “debido por los otros”, como no tiene sentido atribuir tales categorías a las relaciones instintivas de fuerza entre los animales¹³.

Lo más notable de este planteamiento, a mi modo de ver, es que arriba a la dignidad de la persona humana como fundamento del derecho, y consiguientemente de la justicia, precisamente a partir de la observación de algunos *hechos obvios* de las comunidades humanas –la existencia de bienes atribuidos a cada uno, que requieren ser respetados– que están esperando una fun-

10. ICDN 21. Vid. el tratamiento amplio en LPFD 89-163.

11. ICDN 64.

12. ICDN 66.

13. Cfr. ICDN 66-67. Todas las teorías sobre los “derechos de los animales” no hacen más que falsear la comprensión del derecho y evitan observar los hechos obvios de los que parte Hervada.

damentación. No es extraño que, para Hervada, el concepto de persona –que implica una “peculiar intensidad de ser”, su libertad, su condición apropiadora y poseedora, su señorío incapaz de ser una pieza de la colectividad– “viene a ser así el concepto clave de la filosofía del derecho y de la ciencia jurídica”¹⁴. En este planteamiento, la negación de la dignidad ontológica del ser humano como “persona” –no importa cuán rebuscados sean los argumentos que se utilicen– es ciertamente *posible*, pero tiene que pagar el alto precio de dejar sin explicación, como simples absurdos, los hechos obvios de los que parte el pensamiento hervadiano. En este sentido, el modo hervadiano de arribar a la *constatación* de la dignidad de la persona –i.e., como explicación de que las comunidades humanas tengan un “arte del derecho”–, si bien exige ulteriores profundizaciones, siempre posibles y aun necesarias, tiene la ventaja de ir desde lo indiscutible hacia la única explicación consistente con ese punto de partida.

Cosa diversa, por cierto, es explicar, a su vez, cuál es el fundamento último de que el hombre posea tan eminente dignidad¹⁵. El hecho es que, si no la poseyera, no habría manera de dar sentido a aquello con lo que cotidianamente convivimos: la comunicación entre seres humanos que poseen cosas y, sobre todo, que son dueños de sus propias acciones¹⁶.

14. ICDN 68. Cfr. *ibid.* 68-69.

15. Vid., sobre el tema, Pedro SERNA, “La vida como problema de justicia: la contribución de la *Evangelium Vitae* a la Civilización del Derecho”, en A. López Trujillo et al (eds), “*Evangelium Vitae*” e *Diritto. Acta Symposii Internationalis in Civitate Vaticana Celebrati 23-25 maii 1996* (Libreria Editrice Vaticana, 1997) 41-62, esp. 56-61; y Robert SPAEMANN, “Sobre el concepto de dignidad humana”, en C.I. Massini y P. Serna (eds), *El derecho a la vida* (Pamplona, Eunsa, 1998) 81-110. Hervada, a su vez, trata el tema de la persona desde la perspectiva filosófico-jurídica en LPFD 423-470, y aborda las cuestiones últimas sobre la trascendencia en el derecho en LPFD 543-590.

16. Otro autor contemporáneo que toma algunos “hechos obvios” como punto de partida para admitir la existencia de un “derecho natural” es H.L.A. HART, *The Concept of Law* (Oxford, O.U.P., 1961, 1993) 189-195. Naturalmente, si Hart hubiese tenido en cuenta unos cuantos hechos obvios más,

El derecho natural rescatado

El sentido realista clásico del “derecho” como *ipsa res iusta* sitúa el pensamiento de Hervada, con toda naturalidad y sin posibilidad de plantear la cuestión en términos confusos ni de decidirla mediante definiciones arbitrarias –al estilo del positivismo conceptual–, en la perspectiva adecuada para comprender la pregunta sobre la existencia del “derecho natural”. Se trata de la pregunta sobre el origen de la atribución de los bienes a las personas. Que las cosas están repartidas es un hecho incontrovertible. Que los hombres se reparten las cosas voluntariamente, según diversos modos de reparto y de atribuciones que proceden de la voluntad de los hombres (v.gr., al contratar, al repartirse tierras ocupadas o botines de guerra, etc.), es otro hecho evidente. Esto último se denomina “lo justo positivo”, lo debido a alguien precisamente en virtud de un título de atribución creado por la voluntad suya en conjunción con la de los otros.

Ahora bien, la misma existencia de estos modos de reparto y la atribución a cada persona de su vida e integridad física, de su fama y de otros bienes semejantes, no tienen su origen en el mero acuerdo entre los hombres, sino que son reconocidos por *la razón* de todos como una atribución anterior a todo acuerdo (i.e., racional, “natural”) y sin cuyo respeto por todos no tendría sentido vivir respetando los acuerdos. Esto “suyo de cada uno”, debido a cada cual, justo, originado antes del acuerdo voluntario entre los hombres, reconocido por la razón humana, se dice por eso mismo “natural”. El título (o también la medida) está en la naturaleza del hombre y en la misma naturaleza de las cosas que se atribuyen e intercambian, y así lo justo se denomina “justo o derecho natural”. Ahora bien, “lo justo” en concreto se determina acudiendo a todas las causas confluyentes de esa atribución de algo a alguien,

como los que señala Hervada, su “derecho natural” no tendría sólo un “contenido mínimo”.

tanto naturales o preconsensuales como positivas, de manera que no hay dos ciencias paralelas y desconectadas. “En la solución de los casos concretos, no hay más que un arte, el arte del derecho, el cual en parte utiliza criterios naturales y en parte usa criterios positivos”¹⁷; “el arte del derecho es, a la vez, arte del derecho natural y arte del derecho positivo”¹⁸.

Esta constatación constituye por sí misma una crítica del positivismo jurídico precisamente porque explica mejor qué hacen realmente los juristas en la práctica. Además, es plenamente coherente con la convicción virtualmente unánime de los juristas hasta el s. XIX –como hemos dicho–¹⁹ y con las investigaciones más recientes sobre el razonamiento jurídico-*verdadero* –tal como es y no como la ideología positivista, especialmente el legalismo, creía que debe ser– de autores como Viewegh, Esser, Dworkin, Perelman o Finnis, no obstante las diferencias entre ellos²⁰. Por encima de las coincidencias parciales entre Hervada y estos y otros autores que han renovado la filosofía jurídica de la segunda mitad del siglo XX, no podemos dejar de mencionar la influencia del gran restaurador contemporáneo del realismo jurídico clásico, Michel Villey. Sin embargo, Hervada matiza las tesis de Villey para hacer compatible la perspectiva realista, que concibe el derecho como arte del reparto justo y el razonamiento jurídico como “dialéctica” (no “lógica”), con la evolución mo-

17. ICDN 81

18. Ibidem.

19. Cfr. ibid. 82

20. Cfr. la exposición general de Chaim PERELMAN, *La lógica jurídica y la nueva retórica* (Madrid, Civitas, 1979) 93 ss.; vid. también Theodor VIEWEGH, *Tópica y jurisprudencia* (Madrid, Taurus, 1964) esp. 125 ss., Joseph ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del derecho privado* (Barcelona, Bosch, 1961) 1-36; DWORKIN, *Law's Empire* (London, Fontana Press, 1986, 1991) esp. 225 ss., y FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, cit., 266 ss. y 363 ss., y, del mismo autor, “Natural Law and Legal Reasoning”, en R.P. GEORGE (ed.), *Natural Law Theory. Contemporary Essays* (Oxford, O.U.P., 1992, 1996) 134-157.

derna del lenguaje jurídico sobre la ley y, especialmente, sobre los derechos subjetivos²¹.

La perspectiva hervadiana parte de la noción de derecho como “lo justo” en el sentido de lo atribuido a otro, un sentido que reduce las posibles confusiones en torno a la noción de “justicia” –tantas veces entendida como un difuso “valor” o un “ideal” nunca alcanzado–²² a una noción prácticamente unívoca referida a un hecho admitido por todos, esa diferencia entre “lo tuyo” y “lo mío” que captan los niños a partir de los 2 ó 3 años. Entonces el dilema aparente sobre si existe o no algo “naturalmente justo” se reduce a la cuestión, si no sencilla al menos unívoca, de saber si hay algún criterio anterior a los consensos sociales que permita atribuir algo a alguien (v.gr., su vida o su fama) de tal modo que incluso un consenso social “contrario” podría coherentemente ser calificado como “injusto”. La existencia de derechos naturales reposa en que hay títulos y medidas naturales, cuya negación comporta negar la dignidad de la persona como algo anterior al sistema positivo de atribuciones²³.

21. Cfr. Michel VILLEY, *Compendio de Filosofía del Derecho I* (Pamplona, Eunsá, 1979) 67 ss. y 84 ss. Sobre los derechos subjetivos y las leyes, cfr. *ibid.* 172 ss. y *Compendio de Filosofía del Derecho II* (Pamplona, Eunsá, 1981) 173 ss., 207-208, y, con los matices de Hervada, vid. ICDN 104-105, LPFD 237-244 y 303 ss., y especialmente, del mismo autor, “Problemas que una nota esencial de los derechos humanos plantea a la filosofía del derecho”, en *Escritos de Derecho Natural* (Pamplona, Eunsá, 1986) 427-446. Un análisis detallado de los diversos matices dentro de la orientación realista clásica renovada por Villey puede verse en Renato RABBI-BALDI, *La filosofía jurídica de Michel Villey* (Pamplona, Eunsá, 1990).

22. Cfr. el rechazo hervadiano de las nociones “ideales” de la justicia, así como de su expresión en términos de “valores” que llevan al subjetivismo o al relativismo o que, al menos, tienden a negar el carácter “jurídico” del objeto de la justicia (un cambio lingüístico nada irrelevante), en ICDN e HCDN 14-15, 18.

23. Cfr. ICDN 81-89. La tesis de Hervada exige profundizar en otros problemas, que aquí no tocamos, como el de la combinación de la naturaleza humana y la naturaleza de las cosas en la atribución de un derecho natural, los tipos de derechos naturales, la influencia de la historicidad humana en las

3La nulidad de la ley injusta

Otra certidumbre esencial en el rescate del derecho natural por Javier Hervada consiste en afirmar la tesis clásica de la invalidez o nulidad del derecho positivo contrario al derecho natural, lo que presupone, obviamente, no dar al concepto de “validez” el sentido puramente intrasistemático y casi tautológico propio de las diversas formas de positivismo conceptual²⁴. En efecto,

una atribución o medida positivas que vayan contra un derecho natural no dan vida a un verdadero derecho y, en consecuencia, carecen de validez. Es el viejo principio enunciado por Gayo: “*Civilis ratio civilia quidem iura corrumpere potest, naturalia vero non potest*” [...]. En este supuesto, dado que lo justo está determinado por naturaleza, lo establecido positivamente –al ir contra lo justo– es injusto; y si no es *lo justo* –más todavía, es *lo injusto* en el caso concreto– es evidente que no es, por definición, derecho, pues ya hemos dicho repetidamente que derecho es igual a *lo justo*. Lo justo en el caso concreto no será lo positivo, sino lo natural. Luego la justicia negará el pretendido derecho positivo y el arte de lo justo consistirá en rechazar lo establecido positivamente²⁵.

Cuando un gobernante promulga la injusticia, puesto que él no crea la razón de justicia dentro del derecho como sistema racional de las relaciones humanas, se sitúa fuera del orden del derecho: su acción es antijurídica. “Aunque se revista con el nombre de derecho, el derecho positivo injusto es antijurídico, no está en el orden del sistema racional de relaciones humanas, y en consecuencia no es derecho”²⁶. El “derecho” positivo injusto –más allá

diversas formas de combinarse lo natural y lo positivo en la determinación del derecho, y las relaciones entre lo justo natural y positivo. Cfr. *ibid.* 89-114.

24. Sobre esto, vid. John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, cit., 6 ss., 21 ss., 234-237, 320. Sobre la incoherencia a que lleva un positivismo así, al admitir y tratar de fundamentar “relativamente” los derechos humanos, cfr. Pedro SERNA, *Positivismo conceptual y fundamentación de los derechos humanos* (Pamplona, Eunsa, 1990).

25. ICDN 113-114.

26. *Ibid.* 114.

de la cuestión meramente lingüística de que, por una analogía desde el punto de vista fenomenológico, se lo denomine con la misma palabra— no es propiamente derecho en la perspectiva clásica: no es lo debido; es algo deficiente como derecho²⁷.

El enfoque jurídico de la ley natural

Hervada comprende el aspecto propiamente jurídico de las leyes considerándolas como reglas (causas y/o medidas) de “lo justo”, lo cual no significa que dejen de tener su aspecto propiamente político de “mandatos”, del que se ocupa la filosofía política. Simplemente no es necesario que haya mandato político (del superior) para que surja una obligación propiamente jurídica, es decir, de justicia. Cuando Hervada realiza estas observaciones no sólo vuelve a la filosofía práctica clásica, sino que lleva a cabo, en nuestro ámbito académico, el más claro abandono del voluntarismo jurídico como intento de explicar la obligatoriedad del derecho. Este abandono del voluntarismo, tan claro en Hervada, fue llevado a cabo en el ámbito analítico por H.L.A. Hart²⁸, y alcanza su máxima coherencia en ese ámbito por obra de un autor analítico conducido, a partir de Hart, hacia el iusnaturalismo clásico: John Finnis²⁹. No resulta extraño, por ende, que todos estos autores —Hervada, Hart, Finnis— rechacen las explicaciones artificiosas del positivismo jurídico clásico sobre el

27. Cfr., en el mismo sentido, aunque centrado en el derecho como norma o criterio de lo debido, John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, cit., 351 ss.

28. Cfr. especialmente H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., capítulos II-VI.

29. Cfr. especialmente John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, cit., capítulo XI.

carácter jurídico de la costumbre, de los actos procedentes de potestades privadas y del derecho internacional³⁰.

En esta perspectiva se entiende mejor el acierto de Hervada al explicar los elementos básicos de la teoría clásica de la ley natural. Nuevamente, nuestro autor se remonta a un hecho de experiencia, a saber, que la razón “de todos los hombres de todas las épocas [...] no juzga como indiferentes todos los actos que el hombre pueda físicamente realizar [...], sino que, con independencia de las leyes dadas por los hombres, por la sociedad, emite juicios de obligación”³¹. Los juicios deónticos “son antecedentes a la decisión de obrar y no se confunden con el juicio personal del sujeto que le lleva a tomar esa decisión. La experiencia demuestra que tales juicios deónticos aparecen de suyo como norma objetiva del obrar, inconfundible con la norma subjetiva, esto es, con el juicio particular del sujeto sobre lo que ha decidido hacer”³².

Hervada explica también la existencia y contenido de la ley natural –de las prescripciones de la razón práctica– por referencia a los fines naturales del hombre, una explicación que evita incurrir en la llamada “falacia naturalista” de pasar de meros hechos a prescripciones; en efecto, los fines son algo que todavía no es, a la luz de lo cual sí cabe afirmar qué debe ser para hacer realidad esos fines³³. En el mismo sentido, y al igual que otros autores que han rescatado la teoría clásica de la ley natural, Hervada distingue claramente entre las inclinaciones mismas y la ley natural (“*regla racional* de esas inclinaciones”³⁴); afirma la no derivación lógica de ésta a partir de aquéllas, pues la ley natural se conoce “por evidencia” –se trata de preceptos *per se nota*–, presupuesta la experiencia de la naturaleza humana tal

30. Cfr. ICDN 136; H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., capítulo X, y John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, cit., 238-245.

31. ICDN 139-140.

32. Ibid. 140.

33. Cfr. ICDN 147-148.

34. ICDN 146.

como es³⁵. No obstante, fuera de los preceptos más básicos de la ley natural, hay preceptos sobre los que cabe el error porque no son evidentes para todos los hombres³⁶.

La ley natural, así entendida, en cuanto se refiere a las relaciones de justicia constituye regla de derecho y se denomina, por traslación, “derecho natural”³⁷. Hervada explica las relaciones entre el derecho natural y el derecho positivo –considerados ahora como “reglas jurídicas”– con la misma coherencia de su punto de partida, a saber, que el derecho en su acepción primaria es “lo justo”. De modo que la norma jurídica positiva no puede abrogar un mandato o prohibición natural, porque “contraría lo justo natural, teniendo el carácter de *violencia*, norma injusta, lo cual no es derecho del poder, sino prepotencia del poder: es *violencia institucional*”³⁸.

Hervada no se complica con juegos de palabras, ni tiene ningún interés en negar que la ley injusta pueda “llamarse ley” en un sentido empírico; él se atiene a su punto de partida ya fundamentado, que exige comprender los aspectos no-empíricos del derecho como vinculados a la noción clásica de lo justo:

La ley injusta tiene los rasgos empíricos y fenoménicos de toda ley: aparece como un mandato del legislador, con todos los caracteres externos y formales de una ley. Pero esta ley carece de la esencia de la juridicidad: no engendra el deber de justicia y, por tanto, no engendra la vinculación del súbdito según su condición de persona (no es ley en sentido sustancial); solamente se impone por la coacción que pueda acompañarla. Más que ley es una apariencia de ley; tiene forma de ley, pero no sustancia de ley³⁹.

35. Cfr. ICDN 152-155. Cfr. John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, cit., 33-36, 50 y 81-85.

36. Cfr. ICDN 153-155. Cfr. John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, cit., 29-33 y 51.

37. Cfr. ICDN 171-172.

38. ICDN 173.

39. ICDN 174.

En este sentido, Hervada coincide con Alf Ross y con todo empirismo jurídico coherente, al considerar que las nociones mismas de “obligatoriedad”, “validez”, etc., escapan a todo intento de observación puramente fenoménico, y de hecho no pueden desvincularse de nociones como la de justicia. Sin embargo, Ross cree que en este terreno, el de la justicia, nada hay aguardando a ser conocido objetivamente⁴⁰. Hervada, en cambio, demuestra claramente que las tesis clásicas sobre la justicia y lo justo hacen referencia a hechos empíricos, como la atribución de cosas y el establecimiento de reglas, que sin esos referentes transempíricos son igualmente constatables, pero quedan sin explicación o sin sentido inteligible, precisamente por ser “hechos empíricos” que se originan en y tienen su sentido a partir del orden de la razón práctica “moral”⁴¹.

El enfoque jurídico de la ley natural conduce a Hervada a su explicación de cómo, contra la creencia del iusnaturalismo racionalista, no es posible un “sistema de derecho natural” considerado como una especie de ordenamiento jurídico “paralelo”, “anterior” y “superior”, al ordenamiento jurídico positivo. La verdad es que hay “un único sistema jurídico, el cual es en parte natural y en parte positivo”⁴². Esta unidad exige que el derecho natural sea *positivado*, es decir, que pase a la vigencia histórica, mediante su mejor conocimiento y, en algunos casos, mediante su completamiento con actos de autoridad. A su vez, la positivación del derecho natural debe ser completada con la formalización —el establecimiento de mecanismos técnicos que dan seguridad y certeza respecto de los diversos factores del sistema jurídico— y

40. Cfr. Alf ROSS, *Sobre el derecho y la justicia* (Buenos Aires, Eudeba, 2ª ed. 1970) 221-288, esp. 267.

41. Sobre este orden de la realidad, dentro de una distinción de cuatro órdenes fundamentales, cfr. Tomás DE AQUINO, *Comentario a la Ética a Nicómaco I*, 1 (proemio), y John FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, cit., 136-139, 157, 380-381.

42. ICDN 176.

con la existencia, como algo diverso del derecho pero unido a él, de un sistema de garantía de efectividad del derecho (tribunales, fuerzas de orden público, etc.). Hay un solo sistema de garantía de efectividad del derecho tanto natural como positivo, porque simplemente hay un solo derecho. Esta unidad de los factores naturales y positivos en un solo derecho tiene consecuencias para la interpretación del derecho y para la unidad de la ciencia del derecho como saber práctico. Todas las ramas del derecho consideran los dos aspectos del derecho. Por eso, la ciencia del derecho natural, que Hervada ha rescatado en nuestros días, no es una rama del derecho, sino una especialización que ayuda a perfeccionar todas las ramas del derecho⁴³.

2. LA CRÍTICA DEL POSITIVISMO JURÍDICO

Una de las principales dificultades que enfrenta el renacer de la teoría clásica del derecho natural, como intento de explicar el hecho de experiencia que al interior de la teoría iusnaturalista se denomina ley natural, consiste, por una parte, en deshacer los malentendidos y confusiones ampliamente difundidos por críticos poco conocedores de la tradición clásica, y, por otra parte, en criticar directamente el positivismo jurídico en sus diversas modalidades. Entre los malentendidos sobre el derecho natural se halla la calificación “política” del derecho natural como “conservador” o como “revolucionario”. A lo cual Hervada responde “que esta cuestión es sencillamente un bizantinismo”⁴⁴. Y explica:

El derecho natural, en cuanto saber, es ciencia de un hecho objetivo: lo justo natural. Y los hechos no son revolucionarios ni conservadores; se limitan a ser. Que el hombre tenga derecho a la vida o derecho a

43. Cfr. *ibid.* 176-195.

44. *Ibid.* 194.

casarse, no es revolucionario ni conservador: simplemente es. Por lo tanto, la cuestión carece de sentido. Una afirmación de derecho natural, tomada como reivindicación o slogan políticos puede parecer revolucionaria o conservadora, pero eso es una apreciación subjetiva, pues de por sí no es otra cosa que *justa*. Si a alguien le parece revolucionaria es que está instalado en un sistema injusto; si la aprecia como conservadora es que está intentando introducir la injusticia⁴⁵.

A su vez, la crítica del positivismo jurídico se enfrenta con el obstáculo imponente de que los autores que se califican de “ius-positivistas” van trasladando el significado de su propia tradición hasta hacerla prácticamente irreconocible, para así inmunizarla contra toda crítica. En otro lugar⁴⁶ he sostenido que esta transformación del positivismo jurídico como tradición ha supuesto un vaciamiento sustancial de sus tesis, una deformación de la historia intelectual precedente, un abandono de las motivaciones filosófico-políticas del iuspositivismo clásico, una incoherencia interna del pensamiento jurídico y, finalmente, la virtual inutilidad de discutir en términos de la oposición iusnaturalismo-iuspositivismo⁴⁷. Sin embargo, diversos rasgos del positivismo jurídico en alguna de sus formas subsisten en la mentalidad jurídica de nuestros días, y, lo que es peor, aunque sean incoherentes cumplen bien su “función ideológica”, a saber: ridiculizar el pensamiento jurídico clásico como algo sin sentido. De ahí que la crítica hervadiana al positivismo jurídico sea uno de sus principales aciertos en esta época de confusión intelectual y de falseamiento —muchas veces no voluntario— de la historia de las ideas.

45. Ibid. 194-195.

46. Vid. Cristóbal ORREGO, *H.L.A. Hart. Abogado del positivismo jurídico* (Pamplona, Eunsa, 1997).

47. Cfr. una manifestación de esta confusión en el debate, en el desconcierto de Wilfrid J. WALUCHOW, *Inclusive Legal Positivism* (Oxford, O.U.P., 1994) 1-2.

Una caracterización sustancial del positivismo jurídico

¿Qué es el “positivismo jurídico”, que Hervada critica? Hervada, lejos de resolver la cuestión mediante definiciones, sencillamente constata: “El término ‘positivismo jurídico’ admite diversas gradaciones y, además, dentro de él se pueden detectar distintas corrientes”⁴⁸. Así es como, hablando en términos muy generales, distingue nuestro autor dos nociones de positivismo jurídico:

En su sentido más extremoso, el positivismo jurídico es aquella postura para la cual la ley positiva no depende más que de su procedencia del legislador y de las condiciones procedimentales y formales de validez; toda ley dada siguiendo el procedimiento y la forma adecuados es verdadera ley, con independencia de que su contenido sea justo o injusto, moral o inmoral, prudente o absurdo, correcto o incorrecto. Y como ley válida que es, debe aplicarse pese a su posible injusticia⁴⁹.

Hervada afirma que “este positivismo extremo ha sido objeto de numerosas correcciones, sobre todo a partir de 1945”⁵⁰. Se trata de una constatación de los intentos de la tradición iuspositivista por superar la crisis en que se hundió tras la II Guerra Mundial, de la cual, hoy por hoy y merced a esa reconstrucción histórica llevada a cabo por autores como Hart, Ross y Bobbio, se ha recuperado en alguna medida. Según Hervada, “en nuestros días no lo sostiene ningún filósofo del derecho de gran talla, aunque todavía sigue teniendo seguidores de segunda fila”⁵¹. En definitiva, los autores posteriores a 1945, conscientes no sólo de la experiencia histórica sino también de la evolución de las teorías sobre el razonamiento judicial en los últimos cincuenta

48. HCDN 323-324.

49. HCDN 324.

50. Ibidem.

51. Ibidem.

años⁵², han abandonado las tesis de un “positivismo jurídico” en sentido fuerte, es decir, las tesis morales y políticas sobre el alcance del deber de obediencia a la ley por parte de los ciudadanos y, especialmente, de los funcionarios y jueces. Sin embargo, en la “segunda fila” se halla el grueso de los profesionales del derecho –jueces, abogados, etc.–, tantas veces dispuestos a saltarse el análisis de la justicia de una disposición so pretexto de que “ha sido *jurídicamente* establecida”.

Mas hay otro sentido del positivismo jurídico, “muy genérico”, que incluye “toda teoría del derecho que no admita un verdadero derecho natural, e.d., conforme a la teoría clásica”⁵³. Al respecto, sostiene Hervada que es positivista cualquier teoría jurídica que no acepta considerar como “derecho” las exigencias éticas a las que sí “debe” subordinarse el derecho. Pero en este sentido constata Hervada “un curioso fenómeno de lenguaje”⁵⁴. por el cual unos mismos autores son considerados “iusnaturalistas” por otros y no por sí mismos. Es decir, las transformaciones del positivismo jurídico en sentido amplio han llevado a un difundirse de las mismas expresiones “iuspositivismo” y “iusnaturalismo”⁵⁵.

Hervada critica el positivismo jurídico por exigencia de coherencia interna con su propio punto de partida en el concepto de “derecho” como “lo justo”, un punto de partida –reitero– bien fundado en el hecho de la repartición de los bienes entre las personas. A continuación voy a exponer esquemáticamente los argumentos que, a mi juicio, resultan mejor logrados, inspirados todos ellos en la comprensión hervadiana del meollo del iusnaturalismo clásico y del alcance real del positivismo jurídico (más

52. Cfr. PERELMAN, op. cit., 93 ss.

53. HCDN 324.

54. Ibidem.

55. Este fenómeno curioso ha acontecido también en el ámbito anglo-americano, con gran confusión para quienes se aproximan por primera vez a la filosofía jurídica, como puede verse en la obra citada de Waluchow.

allá de las distracciones meramente lingüísticas del positivismo metodológico). Por eso, los argumentos aquí desglosados están íntimamente conectados entre sí⁵⁶.

a) Hervada formula de modo particularmente duro y frecuente una crítica ético-política contra el positivismo jurídico, que se contrapone así a los intentos de defender esa tradición “por razones morales”⁵⁷. Según nuestro autor, en “la encrucijada cultural en la que nos ha tocado vivir” –recuérdese el horror de las guerras mundiales, el Holocausto y la bomba atómica, los millones de abortos procurados, etc.– “el positivismo jurídico ha demostrado suficientemente su impotencia para alcanzar” el objetivo fundamental “de proteger al hombre frente al peligro de ver menoscabada su dignidad y su libertad ante la prepotencia de las fuerzas sociales y las potenciales arbitrariedades del poder”; todavía más: “ha colocado a la ciencia del derecho en la tesitura de dar plena validez jurídica a los atentados contra el hombre con tal de que se revistan del ropaje formal de la ley”⁵⁸. En efecto, si se olvida que el fin del arte del derecho es declarar “lo justo”, y se sustituye ese fin por cualquier otro, y especialmente por una neutral descripción de normas dictadas por el poder político, la ciencia del derecho –no importa cuán neutra pretenda ser– se convierte en instrumento del poder, para bien y para mal. En cambio, para los clásicos “la justicia en la sociedad depende en parte principal de la correcta orientación de la ciencia jurídica”⁵⁹, que es una ciencia práctica.

b) Hervada sostiene que “la gran tragedia del positivismo jurídico” estriba en que “la negación del derecho natural comporta el vaciamiento de la cuestión de la ley injusta, pues la hipótesis de

56. Compárese, por ejemplo, la continuidad entre (a) y (f), (b) y (e) o (b) y (d).

57. Cfr. H.L.A. HART, *The Concept of Law*, cit., 205-207.

58. ICDN 11.

59. ICDN 20.

la ley injusta no puede, en rigor, darse”⁶⁰. De ahí concluye Hervada que el positivista sólo puede hablar de una “justicia” independiente del derecho positivo cambiando la noción clásica de justicia, que suponía la existencia de “lo suyo” (el derecho) de otro; esto lleva a negar que la persona posea algo “naturalmente suyo” (por un título no positivo), es decir, a negar el carácter ontológicamente dominador de la persona humana. “El positivismo jurídico no es compatible con la índole personal del hombre”⁶¹.

c) Hervada afirma que “una de las consecuencias del positivismo ha sido el legalismo”⁶². Quizás cabría decir más bien que ésa ha sido una de las formas más difundidas del positivismo jurídico, ya que los “matices” no legalistas se han quedado como objetos de lujo de algunos iuspositivistas teóricos. Contra el

60. ICDN 35. Hervada coincide en este aspecto con los autores iuspositivistas más coherentes, como Kelsen (vid. su “Justicia y Derecho Natural”, citado por Hervada, ICDN 35, n. 17) o Hobbes (cfr. HCDN 271-276). Por eso, Hervada, que está por lo menos en el nivel de coherencia de esos grandes autores, despacha en pocas líneas los “iuspositivismos incoherentes” de quienes quieren mantener su fe en que el derecho es sólo “positivo” y a la vez quieren decir que puede ser “injusto”, por ejemplo por ser contrario a “los derechos humanos” entendidos no como auténticos “derechos” prepositivos (naturales). Cfr. ICDN 26 n. 13: “La invocación a la justicia frente al derecho positivo y la simultánea negación del derecho natural es una contradicción”. En el mismo sentido insiste en ICDN 83-84, una reducción al absurdo de la tesis de que sólo la ley positiva atribuye auténticos “derechos” (en el sentido clásico de la palabra).

61. ICDN 36. Insiste en *ibid.* 85. Hervada rechaza la negación del fundamento natural de la juridicidad humana, porque el hombre es por naturaleza persona en sentido ontológico y, como consecuencia, en sentido jurídico; si no fuese “dominador” no tendría nada suyo y no existiría el hecho básico que da origen al derecho, i.e. la atribución de bienes. A esta tesis se opone el positivismo jurídico, como muestra el autor, con más detalle, en ICDN 117-123 y LPFD 462 ss. Hervada hace un paralelo con la concepción estamental de la persona en el Antiguo Régimen (ICDN 123-125), comparación que yo no comparto del todo aunque apunta a una verdadera incoherencia en el iuspositivismo liberal de nuestros días.

62. ICDN 71 n. 28.

legalismo –positivismo legalista– hace ver Hervada que conduce a “la pérdida del sentido de la equidad, de manera que los jueces suelen ser remisos en la aplicación de la equidad”⁶³, que exige atemperar lo debido en el caso concreto para “mejorar la justicia y, por tanto, favorecer el bien común y la humanidad en las relaciones humanas”⁶⁴. De modo especial, sostiene nuestro autor que los llamados a aplicar la equidad han de “aplicar el principio general de derecho de que las leyes no obligan en los casos en los que éstas se tornan nocivas o causan grave incómodo”⁶⁵. La actitud legalista, que desconoce este principio general, es “consecuencia también del dogmatismo conceptual”, y “es preciso [...] que sea reformada, pues impone una rigidez al derecho que de ninguna manera le es propia”⁶⁶. En este sentido, advertimos una vez más que la opinión de Hervada coincide con la evolución de las teorías antilegalistas del razonamiento jurídico, especialmente desde 1945.

d) “La *aporía positivista* es insalvable”⁶⁷. El positivismo jurídico sostiene (i) que “los derechos positivos son los *verdaderos y propios derechos*, los únicos derechos”⁶⁸, y, por ende, que (ii) todos los *verdaderos derechos* son creados por la voluntad humana. Ahora bien, que la voluntad humana pueda atribuir derechos presupone que el hombre puede poseerlos, es decir, que es capaz de ser titular; pero esto sólo es posible si el hombre es ontológicamente dueño de sí, dominador, i.e. “persona” (por eso los animales no pueden ser sujetos de derechos). Luego, si el derecho positivo es verdadero derecho, el hombre es persona, poseedor de su propio ser, y por ende titular de derechos naturales (los que posee por sólo ser persona); o al contrario, si el hombre

63. Ibidem.

64. Ibid. 70.

65. Ibid. 70-71.

66. Ibid. 71 n. 28.

67. ICDN 87.

68. Ibid. 86. Énfasis añadido.

no posee nada por sí mismo, no es persona, entonces las atribuciones de “derechos” por las leyes positivas son tan ficticias como si se le atribuyeran a animales, es decir, no serían verdaderos derechos, sino ficticios. La aporía es clara: si el derecho positivo es *verdadero y propio derecho*, hay derecho natural porque el hombre posee como suyas algunas cosas; si el hombre no posee nada por sí mismo, sino que todo es una atribución ficta de la ley, para la cual el hombre es tan incapaz como un animal, entonces los “derechos positivos” no son verdaderos y propios derechos. O son derechos tanto los positivos como los naturales o no lo es ninguno de ellos.

e) Frente al denominado “positivismo jurídico conceptual” o “metodológico”, que pretende resolver la cuestión del derecho natural mediante una definición de los términos “ley”, “derecho” y sus afines, la respuesta de Hervada es breve. Se reduce a aclarar el sentido de los términos para hacer comprensible la tesis clásica de que la ley injusta no es ley:

[H]oy día los juristas suelen hablar de ley, no en sentido filosófico, sino en sentido técnico. Los juristas actuales –en parte por necesidad de su propio oficio, en mayor parte todavía por influencia del positivismo– suelen llamar ley a aquel mandato que reúne los requisitos formales que son exigidos en un ordenamiento positivo concreto. Es un concepto meramente formal y fenomenológico de ley⁶⁹.

En cambio, para los clásicos (v.gr., Tomás de Aquino),

es ley aquel mandato que vincula la responsabilidad personal del hombre, que *le obliga en conciencia*, lo que quiere decir que es norma de su obrar en cuanto persona; no es un problema de coacción o imperativo hipotético meramente externo, sino de un imperativo que pone en juego su condición de persona, en cuanto unida a los demás en sociedad⁷⁰.

69. HCDN 171.

70. Ibidem. Énfasis añadido.

En ese sentido, la invalidez de la “ley injusta” –dado el sentido moral de validez– sólo puede ser negada afirmando el deber de obedecer el derecho con independencia de su justicia, es decir, la tesis del positivismo ideológico⁷¹.

f) El positivismo jurídico escamotea la función crítica de la ciencia jurídica, porque despoja a los juristas del criterio de enjuiciamiento o crítica inherente a su función (el criterio de lo justo y de lo injusto), para dejarles tan sólo un criterio formal de lo legal o ilegal. En este sentido, “el derecho natural [...] es el *baremo objetivo de enjuiciamiento*”⁷². Nótese que Hervada no se limita a distinguir las funciones de “describir” y de “criticar” para asignarlas a ciencias o ámbitos de acción diversos y separados o yuxtapuestos –al modo de la separación benthamiana entre “expositor” y “censor”–, sino que postula abiertamente una única ciencia jurídica a la vez expositora y crítica; más aún, una ciencia y arte del derecho que es esencialmente directora de la acción justa, especialmente de los jueces⁷³.

En efecto, el gran aporte de Hervada a la renovación de las ciencias jurídicas tiene como uno de sus pilares el rechazo a separar una “ciencia del derecho natural” como rama autónoma del derecho respecto de las demás ramas del derecho ceñidas al estudio “exclusivo” del derecho positivo. Esto, en definitiva, no sería más que separar la función “censora” autónoma respecto de la función “expositora” de las ciencias jurídicas “puras”, como quería Benthán. Así nos quedamos, al final, con lo que Hervada critica: ciencias que, a fuerza de ser “objetivas” y “neutrales”, se constituyen en instrumentos técnicos del poder y dejan de cumplir su función social. Por el contrario, Hervada sostiene que

71. La terminología es de Bobbio. Un buen tratamiento del tema se halla en Norberto BOBBIO, *El positivismo jurídico* (Madrid, Debate, 1993).

72. ICDN 188. Énfasis en el original.

73. Cfr. ICDN 189-195. En LPFD 591 ss., Hervada vuelve atrás y da una visión menos “práctica” del conocimiento jurídico. Mas no es éste el momento de analizar la evolución en los escritos de nuestro autor.

todas las ramas del derecho “deben conocer, sintetizar y armonizar lo natural y lo positivo”⁷⁴, es decir, tanto lo que exige la dignidad de la persona humana con independencia de cualquier convención como lo que exigen las diversas convenciones establecidas por los hombres. Este imperativo de la ciencia del derecho está en línea –reiteramos una vez más– con la “revuelta antipositivista”⁷⁵ a partir de 1945, que Perelman no duda en considerar un regreso al “derecho natural” de Aristóteles⁷⁶, cualquiera sea la nomenclatura que se prefiera utilizar. “La necesaria renovación de la ciencia jurídica actual postula el abandono del positivismo y la recuperación de la función crítica por la recuperación del núcleo sustancial del derecho: el derecho natural”⁷⁷.

74. ICDN 192.

75. Cfr. PERELMAN, op. cit., 96.

76. Ibid. 104.

77. ICDN 188.